



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10811.000562/2010-42
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **1003-000.116 – Turma Extraordinária / 3ª Turma**
Sessão de 08 de agosto de 2018
Matéria SIMPLES NACIONAL
Recorrente MARIA RODRIGUES MILANI BAR ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL

Ano-calendário: 2009

EXCLUSÃO DE OFÍCIO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS
OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A exclusão de ofício da pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional dá-se quando houver comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho com efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva – Relatora e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Sérgio Abelson, Bárbara Santos Guedes e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

Relatório

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SJR/SP nº 157, de

09.09.2010, e-fl. 51, com efeitos a partir de 01.11.2009, com base nos fundamentos de fato e de direito indicados:

A Chefe da Seção de Controle e Acompanhamento Tributário da DRF em São José do Rio Preto, no uso das atribuições que lhe foram delegadas pelo inciso XXIII, art 1º da Portaria DRF/SJR nº 30, de 01/06/2010, DOU de 02/06/2010, originariamente previstas no inciso IV do art 203 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 125, de 04 de março de 2009 e tendo em vista o disposto nos artigos 17, 28 a 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007 e Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, considerando o que consta do processo nº 10811.000562/2010-42, declara:

1º - ESTÁ EXCLUÍDO o contribuinte MARIA RODRIGUES MILANI - BAR - ME - CNPJ nº 05.632.738/0001-95 do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, de que trata o artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006 por COMERCIALIZAR MERCADORIAS OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO, de acordo com art 29, inciso VII da LC 123/2006.

2º - Os efeitos da exclusão obedecem ao disposto no art 29, inciso VII, § 1º da LC 123/2006, ou seja, a partir de 01/11/2009, estando assegurado ao contribuinte o direito de, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta publicação, manifestar por escrito sua inconformidade dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento, relativamente ao procedimento acima, assegurando assim o contraditório e a ampla defesa.

3º - Não havendo manifestação nesse prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado nos excertos da ementa e do voto condutor do Acórdão da 9ª Turma/DRJ/RPO/SP nº 14-42.539, de 20.07.2013, e-fls. 64-66:

SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA OBJETO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO.

A comercialização de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho constitui motivo para exclusão de ofício da empresa do Simples Nacional.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Notificada em 03.09.2013, e-fl. 77, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 25.09.2013, e-fls. 70-75, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

A respeito do motivo do ato de exclusão esclarece que:

Consta que em 19 de novembro de 2009, investigadores da Polícia Civil de Catanduva-SP compareceram no estabelecimento da recorrente e ao efetuarem buscas no interior do mesmo encontraram alguns maços de cigarro das marcas Eighth e Mill.

Referidos maços de cigarros foram levados pelos policiais e entregues à autoridade policial desta cidade, onde esta determinou a lavratura do auto de

exibição e apreensão e, no dia seguinte, a confecção do Boletim de Ocorrência nº 112/2009, conforme documentos juntados aos presentes autos.

Em razão disso e dos desdobramentos que se sucederam, mais precisamente o último ato dessa Receita Federal do Brasil, que através do Ato Declaratório Executivo - ADE nº 157, de 09 de setembro de 2010, da Delegacia da Receita Federal em São José do Rio Preto, o qual excluiu a empresa recorrente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Referido ADE nº 157/2010 foi contestado pela recorrente por meio de manifestação de inconformismo, que em apertada síntese alegou que a quantidade de maços de cigarro apreendida não permite concluir que os mesmos estavam à venda e que os mesmos se destinavam ao consumo do marido da recorrente, julgada improcedente pela DRJ de Ribeirão Preto, fato que culminou com a confecção do Acórdão nº 14-42.539, ora recorrido.

II - Do Direito

Preliminarmente

De todo o presente processado se pode perceber que os agentes policiais da cidade de Catanduva-SP apreenderam 23 (vinte e três) maços de cigarro (como são chamadas as embalagens individuais que os fumantes adquirem para uso pessoal) e mais, localizaram DENTRO de uma bolsa de uso pessoal da recorrente.

Vale dizer, não se tratavam de 23 (vinte e três) pacotes de cigarro (que são as embalagens que contém os maços), fato que nos remete a analisar a conduta de portar e não expor à venda pequena quantidade do produto sob o prisma do princípio da insignificância ou ainda, o consagrado princípio de bagatela.

Referido princípio, reconhecido pela Corte Maior de nosso ordenamento jurídico, deve ser emprestado do direito penal para o caso vertente, pois preenche os requisitos de mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, todos analisados por analogia.

Assim, tem-se aqui uma excludente de tipicidade que, por consequência, tem o condão de anular o Ato Declaratório Executivo nº 157 da DRF de São José do Rio Preto.

Do Mérito

Restou claro nos autos, com relação aos maços de cigarros apreendidos, que pela quantidade e circunstância em que foram encontrados inoportuno presumir que os mesmos estavam à venda.

Além de verificar que um deles já se encontrava aberto, os demais estavam depositados dentro da bolsa da recorrente, juntamente com seus pertences pessoais e eram destinados ao consumo de seu marido, fumante compulsivo.

O maço de cigarros aberto corrobora tal afirmação, ou seja, o marido da recorrente já havia iniciado o consumo das mercadorias em questão, fato que compromete a exclusão ora impugnada.

Ademais, a pequena quantidade encontrada não permite concluir, sem maior rigor nas investigações, que os mesmos estavam à venda, pois os investigadores que

realizaram as buscar no interior do estabelecimento deixaram de mencionar que a mercadoria foi localizada dentro da bolsa da recorrente e, portanto, não exposta aos frequentadores do estabelecimento, conforme narrado acima.

Dessa feita, de tudo se extrai que referidos maços de cigarros apreendidos pertenciam ao marido da recorrente e integravam seus pertences, os quais seriam consumidos e não vendidos.

Ademais, o voto constante do acórdão atacado aduz que "A alegação de que os cigarros apreendidos eram destinados para consumo próprio não deve ser acatada, uma vez que os mesmo foram encontrados dentro do estabelecimento comercial."

Pois bem, nem tudo que está dentro de um estabelecimento comercial presume-se estar à venda!

Lá e em todo local de trabalho existem objetos e produtos de uso pessoal, fato incontestável e de conhecimento geral.

Assim, não pode o agente fiscalizador fazer uso dessa presunção equivocada: - de que tudo que está no comércio é pra ser vendido - em desfavor do contribuinte, sob pena de expor minúsculo comércio familiar à condição de inviável caso seja confirmada a exclusão do Simples Nacional.

Concernente ao pedido expõe que:

Diante do exposto, requer de Vossa Excelência seja o presente RECURSO VOLUNTÁRIO recebido, processado e julgado procedente para o fim de cancelar o Despacho Decisório Sacat nº 0598/2010 e o Ato Declaratório Executivo nº 157 da DRF de São José do Rio Preto-SP que exclui a empresa recorrente do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL como medida da mais lúdima JUSTIÇA!

É o Relatório.

Voto

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele tomo conhecimento, observado o disposto no § 3-A do art. 4º da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, em relação aos efeitos da exclusão de ofício.

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido pertinente ao cumprimento das obrigações tributárias, principal e acessória, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte relativo aos impostos e às contribuições estabelecido em cumprimento ao que determina no inciso X do art. 170 e no art. 179 da Constituição Federal de 1988 pode ser usufruído desde que as condições legais sejam preenchidas.

Com o escopo de implementar esses princípios constitucionais foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

O Simples Nacional está regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN). A opção do sujeito passivo deve ser manifestada por meio da internet até o último dia útil do janeiro sendo irretratável para todo ano-calendário oportunidade em que presta declaração quanto ao não-enquadramento nas vedações legais. A exclusão por comunicação decorrente de opção ou de obrigatoriedade é feita pela internet.

Atinente à questão está literalmente firmado na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006:

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando: [...]

VII - comercializar mercadorias objeto de contrabando ou descaminho; [...]

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á: [...]

II - obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; ou [...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos: [...]

II - na hipótese do inciso II do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva; [...]

Art. 32. As microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Cabe esclarecer que a opção pelo Simples é um direito da pessoa jurídica que preenche todos os requisitos legais. Porém a optante deve comunicar obrigatoriamente a sua exclusão à RFB, por meio do Portal do Simples Nacional na internet, quando incorrer em hipótese legal de vedação. Verificada a falta de informação espontânea, há exclusão de ofício mediante emissão do termo de exclusão do Simples Nacional pela autoridade competente, sob pena de responsabilidade funcional, devendo ser observadas as determinações do processo administrativo fiscal¹.

A exclusão de ofício da pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional dá-se quando houver comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho com efeitos a partir do mês seguinte da ocorrência da situação impeditiva (inciso VII do art. 29 e

¹ Fundamentação legal: art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 29, art. 33 e art. 39 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 15 de 23 de julho de 2007 e art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

inciso II do art. 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006). Pode-se entender que a prática de contrabando consiste na importação ou exportação de mercadoria proibida, atentando contra a saúde pública e administração pública. Por sua vez, a prática de descaminho é a ilusão do pagamento do tributo de mercadoria permitida, ofendendo a ordem tributária². Porém, está pacificado no Supremo Tribunal Federal que "Não há razão para discriminação entre contrabando e descaminho, [...], quando o art. 334 do C.P. os considera sinônimas".³

As manifestações unilaterais da RFB foram formalizadas por ato administrativo, como uma espécie de ato jurídico, deve estar revestido dos atributos que lhe conferem a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade, ou seja, para que produza efeitos que vinculem o administrado deve ser emitido (a) por agente competente que o pratica dentro das suas atribuições legais, (b) com as formalidades indispensáveis à sua existência, (c) com objeto, cujo resultado está previsto em lei, (d) com os motivos, cuja matéria de fato ou de direito seja juridicamente adequada ao resultado obtido e (e) com a finalidade visando o propósito previsto na regra de competência do agente. Tratando-se de ato vinculado, a Administração Pública tem o dever de motivá-lo no sentido de evidenciar sua expedição com os requisitos legais⁴.

O princípio da legalidade estabelece que a atuação administrativa que decorre da aplicação da lei de ofício, de modo que deve ser feito o que a lei determina, pois sua atividade é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. (art. 37 da Constituição Federal e art. 142 do Código Tributário Nacional). A legislação de regência da matéria determina as consequências da exclusão do Simples Nacional, no sentido de que a pessoa jurídica sujeita-se a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas e art. 32 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006).

Feitas essas considerações normativas, tem cabimento a análise da situação fática tendo em vista os documentos já analisados pela autoridade de primeira instância de julgamento e aqueles produzidos em sede de recurso voluntário.

Consta na Representação Fiscal para Exclusão do Simples Nacional, fl. 01-02, cujos fundamentos são adotadas nessa segunda instância de julgamento:

I- INTRODUÇÃO

Senhor Delegado,

Em operação realizada no dia 19/11/2009, por policiais da Delegacia de Investigações Gerais da Polícia Civil de S. José do Rio Preto/SP, no estabelecimento comercial Maria Rodrigues Milani-Bar-ME, CNPJ nº 05.632.738/0001-95, estabelecido à R. Cuiabá, nº 1381 - VI Rodrigues, na cidade de Catanduva/SP, de

² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.386.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em HC nº 35341/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Antônio Martins Vilas Boas. Julgado em: 18 out. 1957. Publicado no DJ em: 12 dez.1957. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTRABANDO+E+DESCAMINHO%29&pagina=10&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zg2uqbk>>. Acesso em 05 jul. 2018.

⁴ Fundamentação legal: art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

propriedade de Maria Rodrigues Milani , onde foram encontradas mercadorias estrangeiras sem a documentação comprobatória de sua importação regular. Esse fato configura infração ao disposto no Regulamento Aduaneiro - Decreto 6.759 de 05 de fevereiro de 2009 e por consequência à aplicação do disposto no do artigo 29 item VII, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. [...]

III- DESCRIÇÃO DOS FATOS CARACTERIZADORES DO ILÍCITO

Os policiais da Delegacia de Investigações Gerais da Polícia Civil de S. José do Rio Preto/SP, compareceram no estabelecimento comercial Maria Rodrigues Milani-Bar-ME, onde encontraram no seu interior as mercadorias de procedência estrangeira, sem prova de introdução regular no país, portanto, em desacordo com a legislação vigente configurando, em tese, crime de contrabando/descaminho.

As referidas mercadorias, foram recebidas pela FERA/EFA/SAFIS/DRF/SJR/SP, em 08/01/2010, através do ofício nº-826/2009 da Delegacia de Investigações Gerais de Catanduva/SP, e foi lavrado em 15/04/2010 o Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810700/0117/10, originando assim o processo administrativo nº 10811.000174/2010-61.

O conjunto probatório produzido nos autos corroboram a conduta da Recorrente de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, quais sejam, cigarros de procedência estrangeira, conforme Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810700/0117/10, Ofício nº 826/2009, Boletim de Ocorrência nº 112/2009 e Auto de Exibição e Apreensão, fls. 03-09 e 24-28.

Especificamente no que se refere ao Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0810700/0117/10 tem-se que houve "Apreensão de cigarros, ou charutos ou fumo de procedência estrangeira por encontrar-se desprovida de documentação comprobatória de sua introdução regular no País." Assim, este procedimento foi formalizado no processo 10811.000174/2009-61 e segue rito próprio e especial previsto no Decreto-Lei nº 1.455, de 07 de abril de 1976, Decreto-Lei nº 399, de 30 de dezembro de 1968, Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009 e Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966.

Restou comprovado que houve apreensão, efetuada pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, de cigarros estrangeiros, objeto de contrabando ou descaminho, no estabelecimento comercial da Recorrente, fato que conforma-se com atividade mercantil destes produtos. Demonstrado que a mercadoria foi apreendida no estabelecimento comercial da Recorrente ressaí nítida a sua condição de sujeito passivo da obrigação tributária e evidencia o caráter comercial da atividade, independentemente da quantidade de itens e o modo como estão expostos à venda. Ademais, a instância judiciária penal é independente da instância administrativa.⁵ Por conseguinte, há autonomia entre o trânsito em julgado da decisão judicial relativa ao crime de contrabando ou descaminho e a verificação de circunstância legal de exclusão do Simples Nacional na esfera administrativa-tributária.

Especificamente sobre o princípio da insignificância, tem-se que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em RHC nº 33136/PR. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nelson Hungria. Julgado em: 09 jun 1954. Publicado no DJ em: 19 set. 1954. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTRABANDO+E+DESCAMINHO%29&pagina=11&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zg2uqbk>>. Acesso em 05 jul. 2018.

Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material ⁶.

Vale transcrever excertos de ementas de orientações firmadas no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que firmaram o entendimento no sentido de que a importação não autorizada de cigarros constitui o crime de contrabando ou descaminho, insuscetível de aplicação do princípio da insignificância:

2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a introdução clandestina de cigarros, em território nacional, em desconformidade com as normas de regência, configura o delito de contrabando, ao qual não se aplica o princípio da insignificância, por tutelar interesses que transbordam a mera elisão fiscal. ⁷

2. Esta Corte de Justiça vem entendendo, em regra, que a importação de mercadorias de proibição relativa, como cigarros ou medicamentos, configura crime de contrabando. ⁸

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o crime de contrabando de cigarros não comporta aplicação do princípio da insignificância, haja vista o elevado grau de reprovabilidade da conduta, que ofende a saúde e a segurança públicas. ⁹

1. Nos termos da pacífica orientação da Terceira Seção desta Corte, a importação não autorizada de cigarros constitui o crime de contrabando, insuscetível de aplicação do princípio da insignificância. ¹⁰

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Habeas Corpus nº 98.152/MG. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 19 mai.2009. Publicado no DJe em 05 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2898152%29&pagina=5&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybhv4wnta>>. Acesso em 05 jun. 2018.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no AREsp nº 1116451/MT. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em: 19 abr. 2018. Publicado no DJe em: 02 mai. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no AREsp nº 1706471/PR. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Joem Ilan Paciornik. Julgado em: 20.mar. 2018. Publicado no DJe em: 04.abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no AREsp nº 1226987/RJ. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20.mar. 2018. Publicado no DJe em: 02 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em AgRg no AREsp nº 1706397/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20.fev. 2018. Publicado no DJe em: 28.fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

2. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao contrabando de cigarros. Tal entendimento decorre do fato de a conduta não apenas implicar lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, como na hipótese de descaminho. De fato, outros bens jurídicos são tutelados pela norma penal, notadamente a saúde pública, a moralidade administrativa e a ordem pública.¹¹

É assente na jurisprudência desta Corte que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, em sede de habeas corpus, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade. Precedentes. - Consoante já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância deve ser analisado em correlação com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, no sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade da conduta, examinada em seu caráter material, observando-se, ainda, a presença dos seguintes vetores: (I) mínima ofensividade da conduta do agente; (II) ausência total de periculosidade social da ação; (III) ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) inexpressividade da lesão jurídica ocasionada (HC n. 84.412/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJU 19/4/2004). - Na espécie, infere-se que o acórdão recorrido encontra-se alinhado à jurisprudência desta Corte, no sentido de que a introdução de cigarros em território nacional é sujeita a proibição relativa, sendo que a sua prática, fora dos moldes expressamente previstos em lei, constitui o delito de contrabando, o qual inviabiliza a incidência do princípio da insignificância. Isto porque o bem juridicamente tutelado vai além do mero valor pecuniário do imposto elidido, pois visa a proteger o interesse estatal de impedir a entrada e a comercialização de produtos proibidos em território nacional, bem como resguardar a saúde pública.¹²

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como exame formal de subsunção de fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade é necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso, para verificação da ocorrência de lesão grave e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em RHC nº 89755/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em: 05 out.2017. Publicado no DJe em: 11.out. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em RHC nº 82276/RS. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 20 jun. 2017. Publicado no DJe em: 30 jun.2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=contrabando+e+insignific%E2ncia+e+cigarro&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 05 jul. 2018.

*Impossibilidade de incidência, no contrabando ou descaminho de cigarros, do princípio da insignificância.*¹³

*1. O princípio da insignificância não incide na hipótese de contrabando de cigarros, tendo em vista que, além do valor material, os bens jurídicos que o ordenamento jurídico busca tutelar são os valores éticos-jurídicos e a saúde pública. Precedentes: HC 120550, Primeira Turma, Relator Min. Roberto Barroso, DJe 13/02/2014; ARE 924.284 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 25/11/2015, HC 125847 AgR, Primeira Turma, Relator Min. Rosa Weber, DJe 26/05/2015, HC 119.596, Segunda Turma, Relator: Min. Cármen Lúcia, DJe 26/03/2014.*¹⁴

O ato declaratório executivo foi lavrado por servidor competente que verificando a ocorrência da causa de vedação emitiu o ato revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal. A notificação do ato administrativo, em regra, pode ser efetivada pessoalmente, por via postal ou por meio eletrônico (art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Assim a intimação do ato administrativo está regular, pois foi efetivada observando as determinações legais.

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente e da qual a pessoa jurídica foi regularmente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, o que lhes conferem existência, validade e eficácia. Consta no Acórdão da 9ª Turma/DRJ/RPO/SP nº 14-42.539, de 20.07.2013, e-fls. 64-66, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999):

Conforme consta no Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de Mercadorias, acompanhado do respectivo Boletim de Ocorrência da Polícia Civil, foram apreendidos diversos maços de cigarros, por falta de comprovação de origem lícita, eis que não possuía qualquer documentação legal.

Em consequência da apreensão dessa mercadoria, foi emitido o devido Ato Declaratório Executivo, excluindo a empresa do Simples Nacional, tendo em vista a constatação de comercialização de mercadorias objeto de contrabando ou descaminho, de acordo com o disposto na Lei Complementar 123/2006, art. 29, inc. VII.

A alegação de que os cigarros apreendidos eram destinados para consumo próprio não deve ser acatada, uma vez que os mesmos foram encontrados dentro do estabelecimento comercial. Conforme esclarece Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico¹, comercializar é: 1: Colocar algo no comércio; 2: Criar objeto com possibilidade de ser explorado comercialmente, de ser vendido, fabricado ou exposto, de modo que possa render dinheiro.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em RHC nº 131205/MG. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em: 06 set. 2016. Publicado no DJe em: 22 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTRABANDO+E+DESCAMINHO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zg2uqbk>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em HC nº 129382/PR. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 23 ago. 2016. Publicado no DJe em: 16 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTRABANDO+E+DESCAMINHO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zg2uqbk>>. Acesso em 05 jul. 2018.

Vislumbra-se que o conceito do termo 'comercializar' abrange não só o produto efetivamente vendido ao consumidor, mas também aquele produto criado com essa finalidade. Dessa forma, o fato das mercadorias serem apreendidas no estabelecimento comercial da manifestante já é suficiente à demonstração do caráter comercial envolvido na situação, não devendo ser acolhidas as alegações apresentadas pela defesa desprovidas de qualquer elemento probatório em sentido contrário.

Em relação à quantidade de cigarros apreendida, esclarece-se a Lei Complementar nº 123/2006, art. 29, VII determina a exclusão do Simples Nacional de empresa que comercializar qualquer quantidade de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas. Ademais os atos administrativos estão motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos decidam recursos administrativos, nos termos legais. O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foi regularmente analisado pela autoridade de primeira instância. Ademais, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado.

As formas instrumentais adequadas foram respeitadas, os documentos foram reunidos nos autos do processo, que estão instruídos com as provas produzidas por meios lícitos. As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas¹⁵. O enfrentamento das questões na peça de defesa denotar perfeita compreensão da descrição dos fatos que ensejaram o procedimento e estando a decisão motivada de forma explícita, clara e congruente.

Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca s demonstrar de quaisquer inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo constantes nos dados informados à RFB ou ainda quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência (149 do Código Tributário Nacional).

Por essa razão a Recorrente foi corretamente excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/SJR/SP nº 157, de 09.09.2010, e-fl. 51, com efeitos a partir de 01.11.2009. A ilação designada na peça recursal destaca-se como improcedente.

As circunstâncias de caráter privado não podem ser consideradas, pois "a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato", salvo disposição de lei em contrário (art. 136 do Código Tributário Nacional).

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para

¹⁵ Fundamentação legal: inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007, art 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso, nos termos do art. 100 do Código Tributário Nacional.

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade¹⁶.

Tem-se que nos estritos termos legais o procedimento fiscal está correto, conforme o princípio da legalidade a que o agente público está vinculado (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015).

Em assim sucedendo, voto em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Carmen Ferreira Saraiva

¹⁶ Fundamentação legal: art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF e Súmula CARF nº 2.